



Non sussiste la giurisdizione del g.a. per la controversia relativa alla procedura per l'affidamento in sub-concessione di un'area all'interno del sedime aeroportuale per lo svolgimento di attività di distribuzione automatica di bevande e snack

I servizi di natura commerciale svolti in aera demaniale che trovano origine in un rapporto derivato fra il concessionario e il terzo, cui l'amministrazione concedente sia estranea e che risultino privi di collegamento con l'atto autoritativo concessorio, che ne costituisce un mero presupposto, non soggiacciono alle regole del procedimento ad evidenza pubblica, ma si risolvono in contratti di diritto privato, devoluti alla giurisdizione ordinaria civile. Pertanto, nel caso di specie, la controversia relativa alla procedura selettiva avente ad oggetto l'affidamento in sub-concessione di un'area all'interno del sedime aeroportuale per lo svolgimento di attività di distribuzione automatica di bevande e snack a favore dei lavoratori e dei passeggeri dell'aeroporto deve essere devoluta alla giurisdizione del giudice ordinario.

Materia: appalti / disciplina

Publicato il 18/12/2017
N. 05930/2017REG.PROV.COLL.

N. 03609/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3609 del 2017, proposto da:
Gruppo Illiria s.p.a., in persona legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Cudini, Luca De Pauli e Luca Mazzeo, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via Eustachio Manfredi 5;

contro

Aeroporto Friuli Venezia Giulia s.p.a., in persona del direttore generale pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Gianni Zgagliardich, Andrea e Luigi Manzi, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Roma, via Confalonieri 5;

nei confronti di

Orzan s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Umberto Fabris e Chiara Daneluzzi, con domicilio eletto presso la segreteria del Consiglio di Stato, in Roma, piazza Capo di Ferro 13;

per l'annullamento

della sentenza del T.A.R. FRIULI VENEZIA GIULIA, SEZIONE I, n. 109/2017, resa tra le parti, concernente una declinatoria di giurisdizione con riguardo ad un ricorso per l'annullamento degli atti della procedura di affidamento in regime di subconcessione di aree all'interno del sedime dell'aeroporto di Ronchi dei Legionari, da destinarsi all'attività di distribuzione automatica bevande calde/fredde e snack a favore dei lavoratori e dei passeggeri

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio della Aeroporto Friuli Venezia Giulia s.p.a. e della Orzan s.r.l.;
Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 105, comma 2 e 87, comma 3, cod. proc. amm.;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 16 novembre 2017 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Cudini, De Pauli, Mazzeo, Daneluzzi, Zgagliardich;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale del Friuli Venezia Giulia il Gruppo Illiria s.p.a. impugnava gli atti della procedura ristretta indetta (con avviso di prot. n. 1752 del 20 ottobre 2016) dalla Aeroporto Friuli Venezia Giulia s.p.a., concessionaria dell'aeroporto di Ronchi dei Legionari, per l'affidamento in sub-concessione di aree del sedime aeroportuale da destinarsi all'attività di distribuzione automatica bevande calde/fredde e snack a favore dei lavoratori e dei passeggeri dello scalo, per la durata di tre anni. La ricorrente censurava sotto plurimi profili l'aggiudicazione a favore della Orzan s.r.l. (comunicata con nota di prot. n. 2018 del 6 dicembre 2016).
2. Con la sentenza in epigrafe il Tribunale amministrativo declinava la propria giurisdizione.
3. Il giudice di primo grado affermava che la giurisdizione sulla presente controversia è devoluta al giudice ordinario, perché il contratto da affidare non ha ad oggetto lavori, servizi e forniture ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. e), n. 1), cod. proc. amm., ma un'attività di distribuzione automatica di bevande calde/fredde e snack che «non ha natura necessaria nel contesto delle operazioni di assistenza a terra, propedeutiche al trasporto». Pertanto, esclusa la riconducibilità alle attività inerenti al servizio pubblico di gestione dell'aeroporto, ai sensi del decreto legislativo 13 gennaio 1999, n. 18 (Attuazione della direttiva 96/67/CE relativa al libero accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità), il Tribunale amministrativo faceva applicazione dell'orientamento delle Sezioni unite della Cassazione secondo cui i servizi di natura commerciale esercitati in un'area di pertinenza aeroportuale, sulla base di un rapporto tra concessionario e terzo, cui l'amministrazione concedente resti estranea, sono qualificabili come contratti di diritto privato (venivano in particolare richiamate la recente ordinanza della Suprema Corte 27 febbraio 2017, n. 4884 e le precedenti sentenze del medesimo giudice regolatore della giurisdizione 18 aprile 2016, n. 7663; 25 giugno 2002, nn. 9233 e 9288).
4. Per l'annullamento di questa statuizione ha proposto appello ex art. 105, comma 2, cod. proc. amm. l'originaria ricorrente Gruppo Illiria.
5. Si sono costituiti in resistenza la Aeroporto Friuli Venezia Giulia s.p.a. e la controinteressata Orzan.

DIRITTO

1. Il Gruppo Illiria censura la declinatoria di giurisdizione evidenziando innanzitutto un errore, consistente nel non avere il giudice di primo grado considerato che la società Aeroporto Friuli Venezia Giulia è qualificabile come organismo di diritto pubblico e pertanto necessariamente tenuta, ai sensi dell'art. 3, comma 1 lett. a) e d), del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, al rispetto delle norme di evidenza pubblica.
2. Sotto un distinto profilo il Gruppo Illiria reputa che nella presente controversia la giurisdizione amministrativa sussista anche a prescindere dalla natura giuridica dell'ente aggiudicatore. L'appellante assume al riguardo che la gestione in regime di sub-concessione di spazi aeroportuali per l'esercizio di attività commerciali non dà luogo ad un rapporto cui l'autorità ministeriale concedente rimane estraneo. Sul punto il Gruppo Illiria richiama una recente pronuncia del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana (sentenza 2 maggio 2017, n. 205), in cui in una fattispecie analoga si è ritenuta sussistente la giurisdizione amministrativa, sulla base di quanto previsto in materia dal regolamento dell'ENAC per l'affidamento degli aeroporti demaniali per l'aviazione civile" (approvato con delibera n. 52 del 18 novembre 2014).
3. Con un ulteriore motivo di censura l'originaria ricorrente deduce che il contratto da affidare all'esito della procedura in contestazione è qualificabile come servizio pubblico, per cui la giurisdizione del giudice amministrativo sussisterebbe ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c), del codice del processo amministrativo. Nel richiamare anche a tal fine la sopra citata pronuncia del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Siciliana, il Gruppo Illiria sottolinea che lo svolgimento di attività anche puramente commerciale assume comunque una valenza pubblicistica allorché esercitata in un'area in concessione demaniale, in ragione della necessità per il concessionario di adottare le misure e gli accorgimenti tecnici finalizzati a conciliare l'esercizio di imprese private con le esigenze di tutela della pubblica incolumità e di assicurare l'osservanza delle norme di sicurezza all'interno dell'aeroporto.
4. La giurisdizione amministrativa sarebbe infine configurabile – secondo un'ulteriore censura della Gruppo Illiria - anche ai sensi della lettera b) del medesimo art. 133 del codice del processo amministrativo, trattandosi di controversia in materia di concessione di beni pubblici.
5. I motivi così sintetizzati sono tutti infondati.
6. Innanzitutto, la s.p.a. Aeroporto Friuli Venezia Giulia non può essere qualificato come organismo di diritto pubblico. Ad esso va invece attribuita la natura di impresa pubblica ai sensi della lettera t) del citato art. 3 del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 50 del 2016.
Impedisce la riconduzione del gestore aeroportuale resistente alla prima delle figure soggettive in questione l'assenza dell'elemento teleologico, consistente nella sua istituzione «per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi

carattere non industriale o commerciale» (art. 3, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 50 del 2016, sopra citata).

7. In linea generale va premesso che ostativo al riconoscimento del requisito in questione è la gestione secondo criteri di efficacia e redditività tipici dell'imprenditore privato e l'assunzione del rischio di impresa (per tutte: Cass. Sez. un., 7 aprile 2010, n. 8225, cui aderisce la successiva ordinanza del giudice della giurisdizione del 22 dicembre 2015, n. 25770; in precedenza: Cass., sez. un., 9 maggio 2011, n. 10068; nello stesso senso anche Cons. Stato, V, 26 luglio 2016, n. 3345, 30 gennaio 2013, n. 570).

I precedenti giurisprudenziali nazionali ora richiamati sono poi in linea con il costante orientamento della Corte di giustizia dell'Unione europea, la quale ha ancora di recente statuito che l'organismo di diritto pubblico si caratterizza per la sua strumentalità rispetto ad esigenze di interesse generale, necessarie affinché l'amministrazione partecipante possa esercitare la sua attività, nel perseguire le quali il soggetto partecipato «si lasci guidare da considerazioni diverse da quelle economiche», quand'anche parte della sua operatività si svolta sul mercato (sentenza 5 ottobre 2017, C-567/15, UAB LitSpecMet; resa con riguardo ad una società fornitrice di locomotive e vetture ferroviarie e della relativa manutenzione per la società ferroviaria lituana; quali pronunce più risalenti del giudice europeo in termini con quella da ultimo menzionata possono essere richiamate le sentenze 10 novembre 1998, C-360/96, BFI Holding e 10 maggio 2001, C-223/99 e C-260/99, Ente Autonomo Fiera internazionale di Milano).

8. Non è dunque sufficiente la partecipazione, finanche totalitaria, della Regione Friuli Venezia Giulia al capitale sociale del gestore aeroportuale, come pure sottolinea la Gruppo Illiria (partecipazione che a sua volta deriva dalla costituzione della società ad iniziativa della Regione, con legge regionale 15 maggio 1995, n. 21 - Costituzione di una società per azioni per la gestione dell'aeroporto di Ronchi dei Legionari; e con la successiva legge regionale di riordino 4 maggio 2012, n. 10), se non accompagnata da una previsione che obbliga l'ente pubblico partecipante al ripiano delle perdite a prescindere dalla partecipazione detenuta nella società di gestione.

Quest'ultimo elemento è infatti comune alla figura dell'impresa pubblica.

In particolare, ai sensi della sopra citata lett. t) dell'art. 3 d.lgs. n. 50 del 2016 questa figura soggettiva si contraddistingue per l'«influenza dominante» che le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, perché tra l'altro «ne sono proprietarie», ed in particolare perché ne «detengono la maggioranza del capitale sottoscritto». Ai sensi di questa previsione di legge l'influenza dominante è dunque assicurata attraverso l'azionariato di maggioranza, secondo i tipici meccanismi civilistici di controllo degli enti societari.

La previsione in questione, e prima ancora quella omologa del previgente codice dei contratti pubblici (art. 32, comma 28, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) hanno dunque chiarito che non vi è «incompatibilità tra interesse pubblico, scopo di lucro e interesse sociale» (in questo senso: Cons. Stato, VI, 20 marzo 2012, n. 1574) e che in particolare lo strumento privatistico della società per azioni è neutro rispetto agli interessi di carattere generale demandati alla cura delle pubbliche amministrazioni.

9. Dirimente è allora il contesto di mercato nel quale la società a controllo pubblico si trova ad operare.

Come infatti poc'anzi accennato, la figura dell'organismo pubblico non ricorre allorché la sua missione è esercitata in un contesto economico concorrenziale con i privati, per cui il legame con le autorità amministrative partecipanti non acquisisce rilievo nel confronto competitivo con questi ultimi, nel senso di preservare l'ente partecipato dai rischi di impresa. Dalla premessa ora svolta discende la necessità di accertare gli scopi della società Aeroporto Friuli Venezia Giulia ed il contesto economico nel quale la stessa opera.

10. A questo riguardo, come si evince dalle sopra citate leggi regionali istitutiva e quindi di riordino della società, il controllo totalitario che la Regione Friuli ha inteso assumere su quest'ultima risiede nella «rilevante importanza che l'aeroporto di Ronchi dei Legionari assume» per il territorio nei «campi dell'economia e delle comunicazioni» (art. 1 l. n. 21 del 1995), e nello scopo di provvedere «alla gestione, all'ammodernamento ed al potenziamento dello stesso aeroporto» (art. 2, lett. b), della legge citata).

Lo statuto enuncia quindi l'oggetto sociale come segue: «lo sviluppo, la progettazione, la realizzazione, l'adeguamento, la gestione, la manutenzione e l'uso degli impianti e delle infrastrutture per l'esercizio dell'attività aeroportuale sull'Aeroporto di Ronchi dei Legionari, quale aeroporto civile, commerciale e turistico della regione Friuli-Venezia Giulia, nonché delle attività connesse o collegate purché non a carattere prevalente» (art. 3, comma 1). Nell'ambito di questo oggetto è inoltre previsto che la società possa compiere «qualsiasi operazione commerciale, industriale, mobiliare, immobiliare e finanziaria (...) utile od opportuna per il raggiungimento dell'oggetto sociale» (art. 3, comma 2).

11. Va ancora soggiunto al riguardo che la decisione della Regione Friuli di assumere la partecipazione totalitaria della società di gestione dell'aeroporto di Ronchi dei Legionari si colloca nel contesto della legislazione nazionale di settore, ed in particolare dell'art

10, comma 13, della legge 24 dicembre 1993, n. 537 (Interventi correttivi di finanza pubblica), richiamato dall'art. 1 della legge regionale n. 21 del 1995.

La disposizione di legge richiamata prefigura infatti la costituzione di «apposite società di capitale

per la gestione dei servizi e per la realizzazione delle infrastrutture degli aeroporti gestiti anche in parte dallo Stato», con la specificazione che a tali società di gestione «possono partecipare anche le regioni e gli enti locali interessati». Tutto ciò nell'ambito di un riordino del «regime dei servizi aeroportuali di assistenza a terra», determinato «sulla base delle normative comunitarie, avendo riguardo alla tutela dell'economicità delle gestioni e dei livelli occupazionali» (art. 10, comma 12, l. n. 537 del 1993). Il modello coniato dalle norme nazionali ora esaminate si connota in particolare per l'affidamento dell'intera gestione degli aeroporti ad un unico soggetto, contemporaneamente incaricato di assicurare da un lato i compiti di interesse pubblico connessi all'amministrazione e gestione in concessione dell'aeroporto (artt. 705 e 706 cod. nav.), da cui ricava le proprie entrate di diritto pubblico (es. diritti di approdo, partenza e sosta aeromobili, diritti di imbarco passeggeri, tasse di imbarco e sbarco merci), e dall'altro lato abilitato allo sfruttamento commerciale dell'infrastruttura aeroportuale.

12. In attuazione delle disposizioni di legge ora in esame è stato poi emanato il decreto del Ministro dei trasporti e della navigazione 12 novembre 1997, n. 521 (Regolamento recante norme di attuazione delle disposizioni di cui all'articolo 10, comma 13, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, con cui è stata disposta la costituzione di società di capitali per la gestione dei servizi e infrastrutture degli aeroporti gestiti anche in parte dallo Stato), il cui art. 2 definisce nei termini seguenti la natura delle società di gestione degli aeroporti e dei soggetti ad esse partecipanti: «Le società di gestione aeroportuale sono costituite esclusivamente sotto forma di società di capitale, secondo la disciplina del codice civile, ed in qualità di soci possono partecipare, senza il vincolo della proprietà maggioritaria, anche le regioni, le province, i comuni e gli enti locali nonché le camere di commercio, industria ed Artigianato interessati»..

13. Da rimarcare a quest'ultimo riguardo che in base al citato art. 2 del regolamento ministeriale ai fini della partecipazione pubblica nelle società di gestione degli aeroporti è espressamente escluso il «vincolo della proprietà maggioritaria».

Questo profilo ha carattere sintomatico del fatto che, in primo luogo, l'attività in questione può essere svolta a fini di lucro, e dunque appetibile per gli operatori privati, e, in secondo luogo che gli interessi generali connessi alla partecipazione da parte dei soggetti pubblici nondimeno previsti dalla disposizione regolamentare in esame possono essere soddisfatti con metodo «industriale o commerciale», incompatibile con la figura dell'organismo di diritto pubblico. Dalla normativa nazionale di settore si ricava in altri termini che la gestione degli aeroporti civili ha carattere concorrenziale e che tale caratteristica preesiste all'iniziativa pubblica.

14. Ed in effetti è incontestabile che la gestione di un'infrastruttura quale un aeroporto incontra un'offerta di servizi di carattere commerciale proveniente dagli operatori del settore – in primis le compagnie aeree e quindi gli utenti di queste ultime – suscettibile di essere assicurata in condizioni di equilibrio economico, senza la necessità di sovvenzioni pubbliche. Per altro verso è del pari evidente che la gestione di un aeroporto si colloca nell'ambito di un mercato di stampo concorrenziale, nel quale il singolo operatore si trova a competere con i gestori di aeroporti vicini ed aventi caratteristiche simili, sui quali la domanda dei vettori aerei può indirizzarsi.

Su questo substrato si basa appunto il modello introdotto con la legge n. 537 del 1993, dichiaratamente imperniato tra l'altro sull'«economicità delle gestioni».

15. In contrario rispetto a quanto finora rilevato non giova invece all'odierna appellante richiamare l'art. 20 dello statuto medesimo, secondo cui la partecipazione della Regione Friuli nel capitale della società avviene «in coerenza con gli obiettivi delle politiche regionali stabiliti negli atti di programmazione generale di settore» ed al fine del «perseguimento di interessi di rilievo regionale (...) nel quadro di una politica di programmazione regionale (...) in società che producono servizi di interesse generale». Questa enunciazione – coerente con l'assunzione del controllo totalitario del gestore aeroportuale in mano pubblica e con la neutralità dello schema societario rispetto all'interesse pubblico – non è infatti sufficiente per qualificare la società di gestione come organismo di diritto pubblico, dal momento che, come premesso sopra, l'elemento teleologico che contraddistingue questa figura richiede anche che gli interessi di carattere generale abbiano comunque «carattere non industriale o commerciale».

16. In ordine a tale profilo l'odierna appellante Gruppo Illiria sottolinea in contrario che la Regione Friuli è sistematicamente costretta a ripianare le perdite di bilancio della società di gestione dell'Aeroporto di Ronchi dei Legionari e che ciò denota la natura di organismo di diritto pubblico del soggetto partecipato.

17. In contrario deve tuttavia osservarsi che in linea generale la gestione in perdita non è in sé indicativa di un operatività in un contesto non concorrenziale. E' notorio infatti che numerosi possono essere i fattori che possono determinare risultati economici negativi, anche per imprenditori tout court privati.

Dai documenti prodotti dalla società di gestione dell'Aeroporto di Ronchi dei Legionari questo assunto è peraltro smentito per tabulas. E' vero infatti che l'estratto ricavato dal sito internet della Regione Friuli su cui la deduzione si base indica in 3,5 mln di euro l'onere finanziario sostenuto nel 2012 dall'amministrazione regionale, ma lo stesso non specifica a che titolo è stato versato.

Il medesimo documento riporta peraltro un margine positivo di € 98.924 per il medesimo esercizio, così come per l'anno precedente, pari ad € 151.696, ed invece una perdita nel 2010 di € 1.209.720.

18. L'estratto in esame rappresenta dunque una situazione di risultati oscillanti notoriamente riscontrabile in realtà imprenditoriali private. Ciò che invece occorre dimostrare – e di ciò era onerato il Gruppo Illiria – è che la società di gestione dell'aeroporto opera sistematicamente in perdita, così da ritenere che il contesto economico in cui essa opera non è suscettibile di svolgersi in condizioni di equilibrio economico e non ha pertanto natura concorrenziale, per cui la partecipazione pubblica è necessaria ad assicurarne la sopravvivenza.

Il solo onere finanziario complessivamente sostenuto dalla Regione non costituisce per contro un dato inequivocabile, perché esso si correla in linea di principio al rischio assunto dall'amministrazione partecipante attraverso l'acquisizione dell'intero capitale sociale della società di gestione dell'aeroporto, al pari di qualsiasi socio privato di società per azioni.

19. Accertata quindi la natura di impresa pubblica della società di gestione dell'Aeroporto di Ronchi dei legionari viene meno la premessa logico – giuridica su cui il Gruppo Illiria fonda l'assunto dell'applicazione del codice dei contratti pubblici anche alla sub-concessione oggetto del presente giudizio. L'applicazione di tale testo normativo è infatti limitato alle sole attività «relative allo sfruttamento di un'area geografica per la messa a disposizione di aeroporti» (art. 119 d.lgs. n. 50 del 2016) e cioè ai contratti rientranti nei settori speciali in base all'attuale codice dei contratti pubblici, strumentalmente legati ai servizi di trasporto aereo per i quali si dispone della gestione dell'aeroporto (nei termini esplicitati dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato nella sentenza 1° agosto 2011, n. 16, resa in relazione all'omologa disciplina dei settori speciali del previgente codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163).

Come in particolare precisato nella pronuncia ora menzionata, l'applicazione dell'evidenza pubblica – e la sottesa devoluzione delle relative controversie alla giurisdizione amministrativa – è strettamente legata alle attività di interesse pubblico dei soggetti operanti in questi settori, per il resto contraddistinti dall'esistenza di un mercato competitivo e dell'economicità delle gestioni, e si giustifica in particolare per la posizione di monopolio (legale o di fatto) in cui le medesime attività vengono sovente svolte.

20. Respinto dunque il primo motivo d'appello, dalla premessa ora svolta in chiusura dello stesso deriva che ai fini della giurisdizione amministrativa occorre dimostrare che il contratto in contestazione è attinente alle attività di interesse pubblico per i quali si giustifica la disciplina imperativa del codice di cui al d.lgs. n. 50 del 2016.

21. Nel caso di specie questa prova non solo non è stata data dal Gruppo Illiria, ma si ha invece prova del contrario.

Come infatti sottolineano le parti appellate, il contratto in contestazione ha ad oggetto l'utilizzo di spazi del sedime aeroportuale per l'esercizio dell'attività di distribuzione automatica di bevande calde/fredde e snack a favore dei lavoratori e dei passeggeri dello scalo aeroportuale e come tale essa non rientra in alcuna delle previsioni del sopra citato d.lgs. 18 del 1999, di attuazione della direttiva 96/67/CE relativa ai servizi di assistenza a terra negli aeroporti. In particolare, nell'allegato A di tale decreto legislativo sono inclusi tra tali servizi attività di preparazione e consegna del materiale e delle provviste di cibi e bevande, che è cosa ben diversa dalla distribuzione automatica di bevande calde/fredde e snack.

22. Inoltre, contrariamente a quanto sottolinea l'appellante, elementi in senso contrario non possono essere ricavati dalle norme convenzionali relative alla concessione rilasciata dall'ENAC alla società di gestione dell'Aeroporto di Ronchi dei Legionari e dalla speculare norma sulle sub-concessioni del regolamento emanato in materia dall'Ente nazionale (art. 10 del regolamento relativo all'affidamento degli aeroporti demaniali per l'aviazione generale, approvato con delibera del 18 novembre 2014, n. 52).

In base a tali previsioni il gestore aeroportuale è infatti tenuto a comunicare all'ente concedente gli affidamenti di aree e locali destinati ad attività diverse da quelle aeronautiche, tra cui quelli disposti a scopi commerciali, a differenza di quanto previsto per l'affidamento di aree e locali destinati alle attività aeroportuali, in cui all'ENAC è riservato il potere di autorizzazione preventiva. L'assenza di poteri decisori nel primo caso denota quindi l'irrelevanza ai fini dello svolgimento delle attività di interesse pubblico all'interno dell'aeroporto per l'autorità amministrativa di settore.

Né a questa carenza di potestà può essere ritenuta equipollente l'obbligo di informativa a carico del gestore aeroportuale. Quest'ultimo è infatti spiegabile con il più generale potere di vigilanza e controllo spettante all'ENAC sugli aeroporti civili di rilevanza nazionale circa i soggetti, quali beni pubblici in concessione (art. 693 cod. nav.), il quale

coesiste con il potere di stampo privatistico del concessionario di sfruttamento dell'infrastruttura nei rapporti con i terzi sub-concessionari.

23. In linea con quanto affermato sul punto si colloca del resto la costante giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione, da ultimo ribadita nell'ordinanza 4 marzo 2017, n. 4884 (oggetto di diffusi richiami da parte delle appellanti), ultima pronuncia di un consolidato indirizzo a mente del quale si afferma che i servizi di natura commerciale svolti in aera demaniale che trovano origine in un rapporto derivato fra il concessionario e il terzo, cui l'amministrazione concedente sia estranea e che risultino privi di collegamento con l'atto autoritativo concessorio, che ne costituisce un mero presupposto, non soggiacciono alle regole del procedimento ad evidenza pubblica, ma si risolvono in contratti di diritto privato, devoluti alla giurisdizione ordinaria civile (cfr. Cass., SS.UU., sentenza 2 dicembre 2008, n. 28549; nello stesso senso anche Cons. Stato, V, 24 aprile 2017, nn. 1892, 1897, 1898 e 1899).

24. La natura di sub-concessione del contratto in contestazione comporta il rigetto anche delle restanti censure del presente appello, nelle quali si reputa sussistente la giurisdizione amministrativa sulla base dell'errata premessa che tale rapporto attenga alternativamente ad una concessione di servizio pubblico o di bene pubblico, rispettivamente ai sensi delle lettere b) e c) dell'art. 133, comma 1, del codice dei contratti pubblici, e non invece ad un rapporto di sub-concessione.

25. In conclusione l'appello deve essere respinto, ma la complessità delle questioni giustifica la compensazione integrale delle spese del presente grado di giudizio tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e compensa le spese di causa.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella,	Presidente
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti,	Consigliere
Fabio Franconiero,	Consigliere, Estensore
Raffaele Prosperi,	Consigliere
Valerio Perotti,	Consigliere

L'ESTENSORE

Fabio Franconiero

IL PRESIDENTE

Francesco Caringella

IL SEGRETARIO